

Reflexiones en torno a la Ley de protección de la autonomía personal..., pp. 3-21.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA*.

Por Rafael de Asís Roig*

RESUMEN

El 14 de diciembre de 2006 se promulgó en España la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. En este artículo se realiza una descripción de los antecedentes y objetivos de la mencionada Ley, para luego adentrarse en un análisis crítico, que parte desde nuevos paradigmas a la hora de abordar las situaciones de dependencia, que se basan esencialmente en su consideración como una cuestión de derechos humanos. Asimismo, y desde dichos referentes, propone argumentos para la justificación de la configuración jurídica de la accesibilidad universal, entendiéndola como una condición ineludible a la hora del ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones por todas las personas.

PALABRAS CLAVE

Personas en situación de dependencia, autonomía personal, derechos fundamentales, no discriminación, accesibilidad universal.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- El enfoque social de la dependencia. 2.1.- El significado de la dependencia. 2.2.- Los objetivos de la Ley. 2.3.- El tratamiento de derechos. 2.4.- Sobre la accesibilidad universal. 3.- Dependencia y derechos fundamentales. 3.1.- Dependencia, derechos y dignidad. 3.2.- La proclamación de un nuevo derecho. 3.3.- La configuración y el alcance del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

1.- INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la atención a las personas en situación de dependencia constituye una exigencia de las sociedades contemporáneas. Ciertamente, esta exigencia se ha visto potenciada en el primer mundo, principalmente por el fenómeno del envejecimiento de la población, aunque también, por la atención de colectivos susceptibles de encuadrar por motivos muy diferentes en el ámbito de la dependencia (niños, mayores, personas con discapacidad). En todo caso, conviene advertir que esta exigencia, potenciada por las causas anteriores, posee un valor que trasciende dichos fenómenos y que se encuentra en directa relación con el logro de una vida humana digna, principal fundamento de aquellos instrumentos que hoy consideramos como los referentes de toda estructuración social y jurídica: los derechos humanos.

En este sentido, debemos comenzar celebrando la atención normativa que en España se está llevando a cabo en relación con las personas en situación de dependencia, a través de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en lo que supone de avance en el campo de la no discriminación. Ciertamente, en los

* Agradezco a Agustina Palacios, los comentarios, reflexiones y sugerencias que me ha hecho llegar sobre un primer borrador de este trabajo.

* Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

últimos años puede decirse que la atención normativa a las situaciones de dependencia se ha visto incrementada notablemente si bien, de manera no sistemática, a veces cuestionable (tanto por su enfoque como por su proyección) e incluso no igualitaria. De ahí la importancia de una Ley que aborde el fenómeno de una manera integral y básica.

Se trata, sin duda, de una Ley que debe constituir un punto de inflexión en el tratamiento de la dependencia. Una Ley que se enfrenta a uno de los grandes retos de los derechos en el siglo XXI, y que lo hace, de una forma seria y rigurosa.

Puede afirmarse que la historia de la Ley pasa por cinco grandes hitos. El primero de ellos tiene lugar en el año 2004, cuando la Ponencia de seguimiento y renovación del pacto de Toledo de 1994 del Congreso de los Diputados, incorpora en las Conclusiones la consideración de la dependencia como prioridad. El segundo de ellos se produce a finales de ese mismo año con la publicación del Libro Blanco de Atención a la Dependencia, coordinado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El tercero tiene lugar en diciembre de 2005, cuando la Mesa de Diálogo Social, aprueba el "Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia". El cuarto se produce el 21 de abril de 2006, cuando el Consejo de Ministros aprueba el proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. El quinto lo constituye la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 2006.

Los objetivos de la ley vienen expuestos de manera clara tanto en la Exposición de motivos como en su artículo 1,1. Así, en la Exposición de motivos se afirma que la Ley pretende, "atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía"¹. Y en el artículo 1,1, se afirma que la Ley busca, "regular

¹ En el tratamiento de la dependencia suele diferenciarse entre actividades básicas y actividades instrumentales. Ver Jiménez Lara, A., "Perfiles de dependencia de la población española y necesidades de cuidados de larga duración. Anexo estadístico", en Julio Sánchez Fierro, *Libro Verde sobre la dependencia en España*, 2004, pp. 15 y ss. Las primeras se relacionan con el cuidado personal o autocuidado, y se definen como aquellas habilidades básicas necesarias para llevar una vida independiente en casa. En este grupo se incluyen actividades como comer, vestirse y desnudarse, asearse y lavarse, ir al servicio, ducharse o bañarse, levantarse y acostarse, andar con o sin bastón y poder quedarse solo durante toda la noche. Las segundas son actividades más complejas y requieren un mayor nivel de autonomía personal. Se asocian a tareas que implican la capacidad de tomar decisiones e implican interacciones más difíciles con el medio. En esta categoría se incluyen tareas domésticas, de movilidad, de administración del hogar y de la propiedad, como poder utilizar el teléfono, acordarse de tomar la medicación, cortarse las uñas de los pies, subir una serie de escalones, coger un autobús, un metro o un taxi, preparar la propia comida, comprar lo que se necesita para vivir, realizar actividades domésticas básicas (fregar los

las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes”, mediante la “creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” y la garantía “por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español”.

Considero que una de las misiones de los teóricos de los derechos es la de analizar críticamente la normativa que afecta a éstos. Cuando además, esa teoría se hace desde la filosofía del Derecho, el análisis crítico se proyecta, normalmente, en cuestiones de fundamentación y de configuración jurídica general. Pues bien, las reflexiones que voy a llevar a cabo en este breve trabajo tienen que ver con dos posibles críticas que pueden lanzarse a esta Ley, que se hacen desde argumentos estrechamente conectados y que, de manera sintética pueden resumirse en los dos siguientes puntos: a) el no acomodo íntegro de la Ley al que podríamos entender como modelo social de la dependencia; y b) el no acomodo íntegro de la Ley al discurso de los derechos fundamentales. Ambas críticas, no afectan de manera sensible al significado de esta norma y a su alto valor. Se trata de dos reflexiones que tienen que ver con la manera en la que nos enfrentamos a la cuestión de la dependencia.

2.- EL ENFOQUE SOCIAL DE LA DEPENDENCIA

Aunque es posible afirmar que discapacidad y dependencia no siempre coinciden, también lo es que muchos de los análisis válidos para la primera pueden proyectarse en la segunda, y viceversa. En este sentido, en el análisis de la evolución del tratamiento de la discapacidad, se viene hablando de una serie de modelos que pueden proyectarse en la dependencia (y que sirven incluso para dar cuenta de la evolución de las políticas antidiscriminatorias).

En efecto, Agustina Palacios, ha señalado cómo en la historia, la atención a la persona con discapacidad ha pasado por varios momentos, que pueden agruparse en diferentes modelos². Siguiendo, en lo básico, el enfoque de esta profesora, hasta época muy reciente era posible hablar de dos grandes modelos, el de la prescindencia y el médico. Ambos manejaban una visión negativa de la discapacidad. El

platos, hacer la cama, etc.), poder pasear, ir al médico, hacer papeleos y administrar el propio dinero, entre otras.

² Vid. Palacios, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, n.2, Dykinson, Madrid 2004, pp. 187 y ss.

primero, en términos generales se caracterizaba por la consideración de la discapacidad como una situación producto de un castigo divino y por la defensa de la necesidad de acabar con la propia vida de las personas con discapacidad o, en el mejor de los casos, por la defensa de la necesidad de marginarlas. El segundo, a diferencia del anterior, entendía la discapacidad como una anomalía, que no tenía su origen en un castigo divino sino en una imperfección física, psíquica o sensorial, congénita o adquirida, que situaba a algunos sujetos por debajo de unos niveles que se consideraban como normales. Ahora bien, las consecuencias de este modelo se traducían en muchos casos, de nuevo, en la marginación de este colectivo, aunque en ocasiones también en la defensa de una serie de medidas dirigidas específicamente a paliar los problemas en los que se encontraban las personas con discapacidad.

Se trata de dos modelos que todavía hoy están presentes, al menos, en la percepción social de la discapacidad e, incluso en sus enfoques teóricos y académicos. Sin embargo, a finales del siglo XX, se comenzó a hablar del modelo social, desde el que la discapacidad deja de ser entendida como una anormalidad del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anormalidad de la sociedad. La discapacidad es producto, en este modelo, de la manera en la que hemos construido el entorno, los productos y los servicios e, incluso, de la manera en la que hemos concebido al propio ser humano.

Junto a estos tres modelos, en la actualidad cabe hablar de un cuarto, que podríamos denominar como modelo de la diversidad, y que, en cierta medida, es una variable del anterior. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, en lo que aquí nos importa, demandan la consideración de la persona con discapacidad (o con diversidad funcional, término que se utiliza por este movimiento y que ya está cobrando cierto éxito) como un ser valioso en sí mismo por su diversidad.

Pues bien, estos cuatro modelos pueden ser tenidos en cuenta cuando nos referimos a la dependencia, aunque obviamente, en contextos democráticos regidos por los derechos humanos, el primero de ellos difícilmente podrá tener cabida. Tanto el modelo médico o rehabilitador, como el social, como el de la diversidad, permiten relacionar la discapacidad con los derechos y exigen un diferente tipo de política pública.

El modelo médico o rehabilitador entiende que la persona en situación de dependencia lo es por una anomalía física, psíquica o sensorial producida por cualquier circunstancia (ya sea permanente o transitoria). Esta anomalía personal provoca, en muchas ocasiones, una disminución del disfrute de los derechos y, en este sentido, las

políticas públicas deben tender a solucionar en el mayor grado mayor posible dicha anomalía, integrando a la persona en situación de dependencia. Y ello se hace, principalmente, a través de una asistencia sanitaria.

Por su parte, el modelo social entiende que la persona dependiente puede serlo no sólo por una limitación funcional del tipo enunciado por el modelo anterior, sino también por una limitación social. Incluso llega a afirmar que muchas situaciones de dependencia que se presentan como problemas individuales de un sujeto, son realmente provocadas por la sociedad. En todo caso, y al igual que en el modelo anterior, para el modelo social las personas en situación de dependencia tienen disminuida la satisfacción de sus derechos, por lo que se hace necesaria una política pública que extienda esa satisfacción prestando especial atención a las dimensiones de tipo social y, en este sentido, haciendo desaparecer la discriminación en ese ámbito.

El que he denominado como modelo de la diversidad compartiría la visión de la dependencia del modelo anterior, si bien añadiría que la situación que la provoca no tiene porqué ser considerada siempre como un mal o una limitación (ya sea individual o social). La persona con discapacidad o el mayor (al igual que el menor) es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derechos que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento. De esta forma, la política pública en materia de dependencia debe tener como objetivo hacerla desaparecer, sin que ello suponga hacer desaparecer, necesariamente la deficiencia. Mientras los dos modelos anteriores manejan, en términos generales, una visión negativa de la situación que provoca la dependencia, este modelo matiza que una cosa son las consecuencias y otra la situación, siendo valorada esta última en un sentido positivo. En términos de derechos, el modelo de la diversidad demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo universalista, sino más bien de tipo particularista.

En todo caso, señalaba antes cómo los tres modelos contemplan la independencia como una cuestión de derechos humanos. Es más, podría decirse que se trata de modelos complementarios y que un correcto disfrute de los derechos de las personas en situación de dependencia exige su combinación. Pero igualmente, es posible afirmar que la ausencia de alguno de ellos, o incluso la prevalencia de uno sobre otro (sobre todo si se trata del modelo médico o rehabilitador en cuanto maneja la visión más restrictiva del fenómeno), implica un planteamiento cuanto menos cuestionable.

Pues bien, entiendo que la Ley que comentamos, a pesar de su relevancia, no responde al modelo social (independientemente de que asuma algunos de sus postulados, como también lo hace en relación con el modelo de la diversidad) y, con ello, es insuficiente desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas en situación de dependencia. Y ello puede observarse desde el examen detallado del concepto de dependencia que maneja, desde el estudio de sus objetivos, y desde su configuración de los derechos.

2.1.- El significado de la dependencia

Respecto al significado de la dependencia, el artículo 2,2 de la Ley la define como “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. En este sentido, el concepto de dependencia que se maneja se apoya en la Recomendación nº 98 (9) relativa a la dependencia, adoptada el 18 de septiembre de 1998 del Consejo de Europa, al igual que lo han hecho una parte importante de la legislación autonómica española³.

Pues bien, esta definición (que podría ser criticada también, en un contexto más amplio, por utilizar la nota de la permanencia)⁴ utiliza una visión de la dependencia como situación anómala de una persona que encaja perfectamente en la concepción propia del modelo rehabilitador o médico antes expuesta. En este sentido, se podría haber ido a una definición más acorde, por ejemplo con el informe elaborado por un Grupo de expertos del Consejo de Europa de 2003, en el que se señala: “Dependencia es un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos adecuados para la vida de las personas mayores”. Desde esta concepción, como podrá observarse, se añade una nueva

³ Como por ejemplo la Ley 11/2003 de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, o la Ley 5/2003 de 3 de abril, de Atención y protección a las personas mayores de Castilla y León, o la Ley 6/2001 de 20 de noviembre de Atención y protección a las personas en situación de dependencia de Cantabria.

⁴ En el sentido de que, en realidad, existen situaciones de dependencia no permanentes que podrían ser objeto de atención, si bien, también es cierto que una normativa que no se proyecte en colectivos concretos, debido a su magnitud, podría ser de imposible cumplimiento o realización.

característica, al afirmarse que la dependencia puede estar originada o verse agravada por la propia sociedad. Si bien es cierto que limita su proyección a las personas mayores, en ella está relativamente integrada la visión social⁵.

2.2.- Los objetivos de la Ley

He tenido ya ocasión de referirme a los objetivos de la Ley, expuestos tanto en la Exposición de Motivos como en su artículo 1,1. En la Exposición de motivos, manejando un idea de igualdad como no discriminación, se señala como objetivo: "atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía". Por su parte, en el art. 1,1, igualmente desde el manejo de una idea de igualdad como no discriminación, puede leerse como finalidad de la norma: "regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes", mediante la "creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia" y la garantía "por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional".

Respecto al Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia en él se incrustan las prestaciones y servicios de dependencia. Toda su configuración se inspira en la idea de igualdad como no discriminación en sus dos vertientes, esto es, la de no discriminación en sentido estricto y la del tratamiento diferenciado. Las personas en situación de dependencia son asimiladas así a otros grupos o colectivos susceptibles de identificar con el término de categorías sospechosas.

En el artículo 13, se señalan los objetivos de las prestaciones de dependencia. Se trata así de conseguir "una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes objetivos: a) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que

⁵ El texto definitivo de la Ley, ha modificado la definición de dependencia que se contenía en el anteproyecto y que supone concretar los destinatarios y subrayar el elemento de la especificidad y no de la universalidad, al referirse a la edad, enfermedad y discapacidad. En el anteproyecto se definía la dependencia como: "El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria"

deseo y sea posible. b) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad". Y en el artículo 14,1, al referirse con carácter general a los tipos de prestaciones (prestaciones de servicios y prestaciones económicas), se señala que éstas irán destinadas "por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria". Ambos preceptos recogen los tres grandes criterios que deben presidir cualquier normativa de carácter igualitario: autonomía, satisfacción de necesidades y participación.

Sin embargo, es en lo referente al catálogo de servicios de dependencia, donde la perspectiva de la Ley vuelve a quedar clara. En efecto, este catálogo viene establecido en el artículo 15, diferenciando entre servicio de ayuda a domicilio, servicio de Centro de Día y de Noche, servicio de Atención Residencial, servicio de Prevención de las Situaciones de Dependencia y de Teleasistencia. Pues bien, el enfoque de la Ley vuelve a manifestarse en el tratamiento de lo que se denomina como Prevención de las Situaciones de Dependencia.

En este punto, el artículo 21 señala que se trata de un servicio que: "Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se vean afectados por procesos de hospitalización complejos". Se trata, en este sentido, de un artículo muy significativo, en el que se entiende la dependencia como una situación especial concebida en términos de enfermedad o de limitaciones individuales de la persona. De este modo, al considerar que la situación de dependencia es consecuencia exclusiva de la limitación funcional individual de la persona, la norma asume que la prevención se restringe a disminuir, evitar o erradicar dichas limitaciones funcionales individuales. Esto refleja sin lugar a dudas la asunción de un modelo médico o rehabilitador. La prevención de situaciones de dependencia debe abarcar, por ejemplo, tanto las políticas tendentes a evitar accidentes de tráfico que generan limitaciones funcionales en las personas, como también, la construcción de edificios que no cumplan con los requisitos de accesibilidad, y de este modo generan limitaciones y restricciones sociales. Sin embargo, la Ley no parece tener en cuenta en este punto la segunda perspectiva.

Las políticas de prevención de la dependencia, de esta manera, se conciben como herramientas centradas en características concretas de las personas, y en ningún momento se plantea la posibilidad de que la dependencia tenga además un origen social y con ello, tampoco la posibilidad de políticas que tiendan a normalizar a la sociedad, como por ejemplo, la accesibilidad universal y las políticas educativas. Y esto último se ve corroborado cuando en el Título II ("La calidad y eficacia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia"), dentro del Capítulo II, dedicado a la "Formación en materia de dependencia", se aborda la cuestión de la formación haciendo exclusiva referencia a los profesionales y cuidadores (artículo. 36) y no a un tipo de educación, de carácter general, que permita modificar la comprensión de este fenómeno en la sociedad.

Lo anterior es, por otro lado coherente, con algunas de las afirmaciones presentes en el Libro Blanco de Atención a la Dependencia, en las que se subraya, de nuevo textualmente, el enfoque rehabilitador. Así, por ejemplo se dice: "los programas y servicios para personas en situación de dependencia deben estar diseñados con un enfoque rehabilitador". Y continúa, "esto quiere decir que todos los recursos y programas de atención a la dependencia deben asumir como principio el criterio de reversibilidad y recuperación en cualquiera de las vertientes y posibilidades de las personas objeto de atención, aun en el caso de que éstas sean residuales".

2.3.- El tratamiento de derechos

Por último, el tratamiento de los derechos, también da cuenta del enfoque de la Ley. Independientemente de que más adelante se vuelva sobre este tratamiento, el artículo 1 alude al "derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". Por su parte, el artículo 4 hace referencia a dos grandes tipos de derechos. El primero viene recogido en el artículo 4,1, en el que se hace referencia a prestaciones y servicios de dependencia: "...tendrán derecho,... a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley...". El segundo, aparece en el artículo 4,2, en la forma de derechos de los ciudadanos. En este precepto, se afirma que "...las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente", especificándose, con carácter especial, algunos de éstos. Así, entre otros, se alude, en el párrafo a), al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto a su dignidad e intimidad. En el b), se habla del derecho a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia. El e), se refiere al derecho a participar en

la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación. En el j), se alude al derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo (es decir, el derecho de acceso a prestaciones y servicios de dependencia). En el apartado k, se alude al derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta ley. Y en el l), al derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

Todo el articulado de la Ley se ocupa, con las consideraciones que más adelante haré, del primer tipo de derecho. Así, del segundo tipo de derechos sólo se hace referencia en el artículo citado, cuyo punto 3, establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para promover y garantizar su respeto. Pues bien, de nuevo en este punto, se vislumbra la concepción de la dependencia como una situación que tiene su origen en la persona y nada que ver con la sociedad.

Obviamente, la comprensión de la dependencia desde el que he denominado como modelo médico o rehabilitador, plantea una serie de exigencias de gran importancia para las personas en dicha situación. La adopción de una normativa que recoge esas exigencias es un paso muy importante en el reconocimiento de los derechos de estas personas y para el logro de una vida humana digna. No obstante, este modelo debe ser complementado, al menos, con el modelo social, ya que desde éste, el logro del objetivo final de este tipo de normativas, que no es otro que la desaparición de la discriminación, parece más plausible.

He destacado en otros lugares⁶, cómo en la lucha contra la discriminación, la herramienta más importante, aunque sea la más lenta, es la educación, como instrumento que permite no ya respetar y cumplir con unos valores (esto lo puede hacer el Derecho), sino asumirlos como propios. Pero en todo caso, la actuación jurídica contra la discriminación, también de gran importancia y, además, con resultados más rápidos, debe desempeñar una función educadora, en el sentido de suministrar mensajes a los ciudadanos sobre cómo comprender su papel y el de la sociedad. En este punto, el problema de la discriminación de las personas en situación de dependencia no puede pensarse que tenga su origen sólo en los rasgos individuales de las personas sino, más bien, en la sociedad. Y es precisamente este mensaje, el que nos proporciona el modelo social.

⁶ Vid. recientemente, mi trabajo *Cuestiones de derechos*, Universidad del Externado de Colombia, 2005.

La adecuación al modelo social, exigiría que la ley prestara una mayor atención a estos derechos enumerados en el artículo 4,2, pero sobre todo, exigiría subrayar e, incluso, haber creado, otro nuevo derecho, dotándole de un status privilegiado, el derecho a la accesibilidad universal.

2.4.- Sobre la accesibilidad universal

He señalado ya cómo en el párrafo k), del artículo 4,2 se hace referencia a ese derecho, junto con el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación. Sin embargo, no cabe pensar que se trata de tres derechos que poseen el mismo valor jurídico. Mientras que estos dos últimos, se desenvuelven en el marco constitucional y pueden ser entendidos como derechos fundamentales, la accesibilidad universal, cuando no es comprendida como un principio (la propia Ley que estamos comentando parece hacerlo así), es configurada como un derecho subjetivo. La proclamación de ese nuevo derecho de ciudadanía del que habla esta ley, independientemente de las reflexiones que haré a continuación, podría haberse visto acompañada de la proclamación de otro derecho de ciudadanía: el derecho a la accesibilidad universal.

La justificación de la importancia de este derecho, puede ser expresada desde la misma comprensión de la situación de dependencia. Ésta, la situación de dependencia, puede ser construida o natural. Hablamos de situación de dependencia construida para referirnos a situaciones creadas por el entorno social y que provocan dicha dependencia; hablamos de situación de dependencia natural para referirnos a situaciones que derivan de un rasgo individual⁷. Y no debe ser pasado por alto que una gran parte de las situaciones de dependencia son del primer tipo. Sin embargo, la comprensión de la situación de dependencia parece centrarse en el segundo.

En efecto, las concepciones de la dependencia utilizan como referentes la situación del individuo y la necesidad de asistencia. Sin embargo, la dependencia construida no siempre va a requerir como

⁷ Afirmar ello, no significa ignorar el hecho de que la deficiencia (limitación física, psíquica o sensorial) es una categoría que cambia a lo largo de la historia -e incluso entre culturas-; por tanto desde el momento en que una limitación funcional se puede prevenir, erradicar o se pueden mejorar de forma significativa sus efectos, ya no se puede considerar como un simple fenómeno natural, y el tema adquiere un aspecto social. Así, la experiencia de unas simples cataratas o el desgaste de la articulación de la cadera, que quizá en otro tiempo fueran consideradas –acertadamente- un producto de la naturaleza, hoy no se pueden entender en determinados países, separadamente de los fenómenos sociales, de las prácticas sociales nocivas y de las listas de espera de los Servicios Nacionales de Salud, entre otras cuestiones. Vid. Abberley, Paul, “Trabajo, Utopía y deficiencia” en la obra *Discapacidad y Sociedad*, Barton, L. (comp.), Morata., Madrid, 1998, p. 77 y ss; asimismo: Ingstand, B., and Reynolds White, S. (Ed.), *Disability and Culture*, University of California Press, United States of America, 1995. (Agradezco a Agustina Palacios esta apreciación).

respuesta la asistencia de una tercera persona, o determinadas medidas orientadas de manera individual a la persona implicada, sino más bien un cambio de tipo social. Y, en este sentido, la primera medida a adoptar frente a situaciones de dependencia debe ir en la línea de descubrir si nos encontramos ante una situación de dependencia natural o construida. Y el camino para lograrlo no es otro que la realización de la idea de accesibilidad.

La legislación española se refiere a la accesibilidad en forma de principio, definido en el marco de la Ley 51/2003, como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”⁸.

La accesibilidad universal se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de condiciones- por todos los individuos. A través de ella, se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos. Así, en el marco de la discapacidad y desde un enfoque propio del modelo social, el problema de la falta de accesibilidad ha dejado de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación individual de un sujeto, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas. Y esta tendencia, puede ser también proyectada en el análisis de la dependencia.

Ahora bien, la configuración de la accesibilidad de Ley 51/2003 no está todavía clara, y, en cierto sentido puede ser vista como insuficiente⁹. Por ello, esta nueva Ley, podría ser el instrumento adecuado para configurar de manera clara este derecho, dotándole de un status especial.

3.- DEPENDENCIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- Dependencia, derechos y dignidad

No resulta exagerado afirmar que la idea de independencia constituye uno de los referentes irrenunciables de la ética moderna y,

⁸ Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, Artículo 2 inciso c).

⁹ Vid. en este sentido, De Asís, R., Aiello, A.L., Bariffi, F., Campoy, I., y Palacios, A., “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, en *Derechos y Libertades*, n. 16, en prensa.

en este sentido, de los derechos humanos, en cuanto integra uno de los rasgos que se asocian al ser humano como ser moral, esto es, como sujeto moral.

El de sujeto moral es, sin duda, un término abstracto, con el que se pretende identificar a los seres dotados de libertad de elección y por tanto con posibilidad para elaborar planes de vida. Su comprensión puede ser facilitada de la mano de lo que G. Peces-Barba denomina como dinamismo de la libertad¹⁰.

El dinamismo de la libertad parte de una determinada consideración del individuo de carácter mínimo, que se traduce en la idea de dignidad, y que puede entenderse a través de la relación entre la libertad de elección y la libertad moral¹¹. La dignidad humana, así entendida, implica la consideración de los individuos dotados de libertad de elección y que orientan su existencia hacia el logro de diferentes planes de vida.

En todo caso, la libertad de elección lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos previos de toda discusión moral y, por ende, de los derechos humanos. Entre ellos, pueden ser citados el igual reconocimiento de la integridad física (satisfacción de necesidades básicas) y de la integridad moral (autonomía e independencia).

De esta forma, existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que éstos se insertan, que está compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida. Se trata de un núcleo abstracto, que sirve para identificar la idea de dignidad humana. Su relevancia es fundamental: tanto en el plano doctrinal, como en el legislativo, como en el judicial, toda referencia a los derechos debe respetar esos mínimos para poder ser considerada como compatible con su discurso.

Ahora bien, conviene no confundir la idea de dignidad humana, presupuesto y condicionante de los derechos, con la vida humana digna, que constituye su fundamento. Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de la libertad de elección orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de manera satisfactoria para el individuo. La vida humana digna solo puede alcanzarse cuando se respetan los rasgos definitorios de la dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.

¹⁰ Peces-Barba, Gregorio (y otros)., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

¹¹ Vid. De Asís, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid 2001.

Las nociones de dignidad humana y de vida humana digna, deben reforzar la idea de que las personas en situación de dependencia tienen un papel en la sociedad, que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica¹²

La importancia de la independencia en el propio discurso de los derechos, en la delimitación de la dignidad humana y en la consecución de una vida humana digna, justifican la inclusión de toda esta problemática en el ámbito de los derechos e, igualmente, la construcción de estrategias y de instrumentos para solventar la posible insatisfacción de los derechos de las personas en situación de dependencia.

De esta forma, los instrumentos necesarios para afrontar las situaciones de dependencia, deben encontrarse encaminados a una doble función: por un lado brindar las prestaciones económicas, médicas, sanitarias y sociales requeridas por la persona; y por otro adoptar aquellas medidas oportunas a fin de eliminar las causas que agravan y/o producen la situación de dependencia, dentro de las cuales tiene una gran influencia, sin duda, la falta de accesibilidad de los entornos, productos o servicios.

Con anterioridad tuve ya ocasión de referirme a la accesibilidad universal. En todo caso, la accesibilidad debe ir acompañada de otras estrategias, en forma de prestaciones y de asistencia, que puedan englobarse en el marco de un derecho. La protección social de la dependencia debe ser entendida como un derecho universal de toda la población que se encuentre en tal situación.

3.2.- La proclamación de un nuevo derecho

Una de las principales virtudes de la Ley, tiene que ver con la proclamación de un nuevo derecho. En efecto, el artículo 1, se refiere al "derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". Independientemente del alcance de dicho derecho, es importante advertir que se trata de un precepto incorporado explícitamente en la última redacción del proyecto de Ley.

El anteproyecto de la Ley no contemplaba este derecho, aunque si que se refería de manera general a los derechos de las personas en situación de dependencia y, más concretamente, al derecho a acceder a las prestaciones y servicios.

¹² Sin embargo, esto no es siempre así. Vid. De Asís, R. y Palacios, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson (en prensa).

En la exposición de motivos del anteproyecto se decía que la ley garantizaba unos derechos básicos, que se fundamentaban en los principios de universalidad, equidad e igualdad, y en la participación, integración y normalización de la atención a las personas en situación de dependencia. Sin embargo, el proyecto en su exposición de motivos afirmaba ya que la Ley "configura un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano..."

La ausencia de una proclamación explícita de un derecho a la promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia, fue una de las críticas centrales dirigidas al anteproyecto desde diferentes ámbitos, y no parecía una conclusión lógica de todo el proceso seguido para su aprobación.

El "Acuerdo sobre la Acción Protectora de la Atención a las Situaciones de Dependencia" de 21 de diciembre de 2005, firmado por el Gobierno, Sindicatos y Asociaciones de Empresarios en la "Mesa de Diálogo Social", y que es el precedente inmediato de la Ley, se refiere a un nuevo derecho de ciudadanía de carácter subjetivo, y en otro momento se refiere al derecho a ser atendido en situaciones de dependencia.

Por su parte, el Dictamen 3/2006 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de esta Ley, se refiere también a un nuevo derecho, cuya singularidad radica en la "ausencia de antecedentes en el ordenamiento jurídico vigente que se correspondan exactamente con sus características". En este sentido, "considera que la configuración de la atención a la dependencia como un derecho subjetivo de carácter universal le confiere un sustrato normativo superior, siendo éste uno de sus principales elementos diferenciadores respecto a la protección que se ha venido prestando hasta ahora de manera fragmentaria con diferentes instrumentos, dispositivos y prestaciones públicas, especialmente desde los Servicios Sociales". Este nuevo derecho es denominado como el "derecho de atención a las personas en situación de dependencia"

Por último, el Libro Blanco de Atención a la dependencia se refiere al derecho a la protección social de la dependencia, cuyo contenido serían diferentes prestaciones. E igualmente se refiere también a la necesidad de reconocer como derecho subjetivo el acceso a servicios de atención domiciliaria, a centros de atención diurna y el ingreso, en su caso, en centros residenciales.

En este sentido, la proclamación del artículo 1 de la Ley, a la vista de estos antecedentes, no puede ser entendida como fruto de un ejercicio retórico, aunque su configuración pueda ser objeto de

ciertas críticas. No cabe duda que, más allá de éstas, la Ley, a través de la declaración de este nuevo derecho, abre un debate sobre su significado e introduce en el discurso jurídico un nuevo referente.

Todos los que nos desenvolvemos en el ámbito jurídico, sabemos de la importancia que en el Derecho tienen las palabras. No es este el lugar para extenderme en ello. Baste con señalar como el Derecho se expresa a través de enunciados lingüísticos que son interpretados por los diferentes operadores jurídicos. Así, la discusión jurídica es, en muchos casos, una disputa sobre el significado y el alcance de los términos de una norma o de una decisión. Y para ello, una condición ineludible es la existencia de la referencia normativa.

De esta forma, la simple enunciación de este derecho, no cabe duda que implicará una nueva forma de entender las situaciones de dependencia desde la discusión que se genere (ya iniciada) sobre su configuración, alcance y garantía.

3.3.- La configuración y el alcance del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

El reconocimiento de este nuevo derecho, puede ser contemplado como el resultado de la adopción de un nuevo enfoque en el tratamiento de la dependencia, que conlleva su incursión en el campo de los derechos humanos. Sin embargo, esta apreciación carece de bases sólidas a la vista de la configuración que del mismo se lleva a cabo en la ley. Y ello a pesar de lo dispuesto en la Exposición de Motivos y en la Disposición final octava de la Ley, en donde se justifica a efectos competenciales la norma, desde el artículo 149.1.1 de la Constitución, referido a la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

No voy a referirme aquí a la cuestión competencial (que en materias como la presente pone sobre el tapete la escasa solidaridad autonómica existente en nuestro país). Sólo señalaré como esa invocación plantea problemas desde la propia configuración de este nuevo derecho que, difícilmente, puede ser considerado como un derecho constitucional o fundamental. Entre otras cosas esto supondría establecer los mismos instrumentos de garantía que poseen el resto de los derechos para este nuevo derecho, así como cuestionar lo dispuesto en el artículo 9,1 de la Ley en el que se deja en manos del Gobierno el establecimiento del nivel mínimo de protección garantizado y que se presenta como la condición básica de garantía del derecho. Y todo ello independientemente de que existan razones para así configurarlo, al igual que nos ocurría con la

accesibilidad. Una consideración tal, en nuestro sistema jurídico constitucional, exigiría una reforma constitucional (algo por otro lado, digno de ser tenido en cuenta, en el tratamiento de estas cuestiones), o la adopción de la llamada teoría de los derechos implícitos, algo, de nuevo, de difícil acogida en nuestra práctica constitucional.

La ley se refiere así a un derecho subjetivo de ciudadanía que, como acabo de señalar, no puede ser entendido como un derecho fundamental, pero que tampoco puede ser considerado como un derecho subjetivo más. La introducción del término "ciudadanía", debería en este sentido, servir para dotar de singularidad a este derecho.

Se trata de una terminología ciertamente innovadora en nuestra historia constitucional. En el discurso de los nuevos derechos, desde un punto de vista doctrinal, se habla de dos grandes tipos o categorías: los derechos difusos y los derechos cotidianos. Los derechos cotidianos, han sido definidos por M. E. Rodríguez Palop, como las "facultades que les son reconocidas a los individuos para poder provocar la efectiva realización de los derechos ya recogidos como tales en las constituciones de los Estados sociales". En este sentido, afectan "a la vida cotidiana de la población entera" y expresan "la diversificación de las necesidades y la pluralización de los servicios de la que hemos sido testigos en los últimos años". De ahí que no puedan ser considerados como auténticos nuevos derechos "surgidos sobre la base de una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico sino que, más bien, han de ser vistos como instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos y las libertades ya reconocidos, a los que nada añaden"¹³. Los derechos difusos, para la profesora Rodríguez Palop, "suponen una novedad por lo que se refiere a su fundamento, a su objeto de protección y a los mecanismos que requiere su puesta en marcha". En este caso si que se trata de nuevos derechos, entre los que están, para esta autora, el derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad. Sus elementos comunes son: a) surgen en un contexto histórico idéntico (tras la segunda guerra mundial); b) están vinculados con movimientos sociales; c) desde ellos se denuncian las deficiencias del sistema político-económico nacional e internacional; d) están vinculados al proceso de internacionalización; e) plantean problemas de configuración jurídica

¹³ Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid 2002, pp. 29 y 30.

(titularidad, garantía, objeto) y de justificación (intereses difusos, colectivos, plasmación de la solidaridad)¹⁴.

Pues bien, en línea de principio, la adscripción de este nuevo derecho a cualquiera de las categorías anteriores plantea ciertos problemas. En este sentido, no está claro que se quiere afirmar con la inclusión del término ciudadanía. Parece, así que con dicho término se está haciendo referencia más bien, al reconocimiento generalizado del derecho, o si se prefiere a su universalidad, siempre en el contexto del Ordenamiento jurídico español y en relación con la situación concreta del individuo. Pero, en ese caso, tal vez, la referencia a la ciudadanía resulte superflua.

Tal vez, la atención a la dependencia, desde el discurso de los derechos, exigiría de una reforma constitucional que supusiera la incorporación en los artículos 49 y 50 del derecho a la accesibilidad universal y del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En todo caso, mientras esto no suceda, esta Ley supone un importante avance, en cuanto alude a este derecho de carácter subjetivo. No obstante, tampoco está claro su alcance¹⁵. En principio, podría afirmarse que el nuevo derecho está compuesto por un haz de prestaciones económicas (vinculadas a un servicio, a cuidados familiares o a la asistencia personal¹⁶) y de servicios (vinculadas a la

¹⁴ Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, cit., pp. 31 y 93 y ss.

¹⁵ Incluso, no es fácil descubrir que añade esta mención al derecho, respecto a su ausencia en el Anteproyecto, más allá de lo dicho al referirme a la inclusión de conceptos en la discusión jurídica.

¹⁶ La asistencia personal puede incluso ser considerada como parte de la accesibilidad universal. Ciertas personas en situación de dependencia requieren de la ayuda personal de otra en sus actividades de la vida diaria, dentro y fuera del hogar. La figura del asistente personal se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley, y en el artículo 19 se regula la prestación económica por asistencia personal, que se encuentra restringida a las personas valoradas como con “gran dependencia”. En relación con esta figura, es posible realizar dos críticas al texto de la Ley. La primera de ellas tiene que ver con lo que podríamos denominar como proyección de la asistencia. El texto de la Ley limita las actividades a las del hogar, el estudio y el trabajo, excluyendo el ocio y el tiempo libre. La segunda tiene que ver con la prestación económica por asistencia. Como acabo de señalar, quedan excluidas de dicha prestación las personas con “dependencia moderada” y las personas con “dependencia severa”. Este punto parece delicado, y si se quiere adoptar un modelo social en la reglamentación de esta cuestión, sería interesante que al momento de reglamentarse la valoración del grado de dependencia se tuvieran en cuenta las necesidades de las personas, no solo en función de sus edades o tipos y grados de limitaciones individuales –factores individuales–, sino también en relación a las actividades que realizan, los medios con los que cuentan, y sobre todo, los obstáculos sociales que enfrentan –factores sociales–; como podrían ser vivir en ámbitos rurales, entornos más inaccesibles, entre otros. Ello debería ser tenido en cuenta al establecerse los criterios de valoración de la dependencia porque sino nuevamente nos enfrentaremos a una visión netamente médica o rehabilitadora de la cuestión. Y pareciera que ello deberá ser tenido en cuenta, dado a que el artículo 27.2 establece que el baremo a ser aplicado tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF). Eso obligará a tener presente los factores contextuales y sociales, ya que la CIF considera que la discapacidad es una limitación en el funcionamiento de una persona al realizar una actividad concreta o al desarrollar la participación en la sociedad con carácter general. Y el funcionamiento

prevención de las situaciones de dependencia, a la teleasistencia, a la ayuda a domicilio, a los Centros de Día y de Noche, y a la atención residencial), todo ello integrado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y vinculado al grado de dependencia en el que se encuentre el sujeto titular del derecho, lo que exige la existencia de una resolución de la Administración en la que se determinen los servicios o prestaciones que corresponden a la persona.

Se trataría pues de un derecho muy especial, sujeto al desarrollo del significado de las prestaciones y los servicios, y a la resolución administrativa relativa al grado de dependencia. Por otro lado, el propio texto de la Ley da cuenta de estos problemas de indeterminación del alcance del derecho. Existe un precepto que creo es buena muestra de ello, y que da cuenta de la poca claridad existente en este punto. Como ya señalé, el artículo 4,2 de la Ley, se refiere en su letra j), al derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente ley. Pues bien, parece que la propia ley concibiera la posibilidad de hablar de un derecho no protegido o, en su caso entendiera que se trata de un derecho cuyo contenido es tan difuso que exige una proclamación tan inusual como esta.

A pesar de todo, no cabe duda que, independientemente de lo anterior, el reconocimiento de este derecho en el ámbito legal, es un hecho crucial en la lucha contra la discriminación de las personas en situación de dependencia.

de una persona se entiende como una relación compleja o interacción entre la *condición de la salud* (trastorno o enfermedad) y los *factores contextuales* (ambientales o personales). Cfr. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, (Génova, Organización Mundial de la Salud, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001.